

EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL
DELITOS Y CRIMENES
INTERNACIONALES
SUS FUENTES NORMATIVAS

Doctorando **JOSÉ DOBOVŠEK**

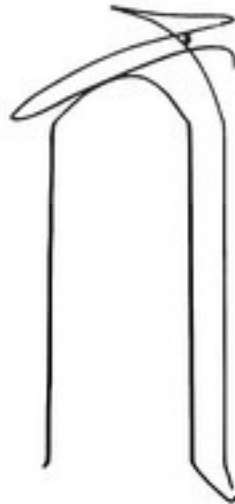


Director de Tesis **PROFESOR DOCTOR ANDRÉS FINK**

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser la del doctorando José Dobovšek.

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser la del director de tesis Andrés Fink.

Benjamín





USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas

LA TESIS Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION

El móvil promotor de este trabajo fueron los variados interrogantes que se plantean sobre la solución jurídica ante las graves violaciones a los elementales derechos de la persona humana así como de los postulados básicos que rigen en la comunidad internacional, como la soberanía e independencia de los Estados, que se cuestionan cuando tales actos tienen lugar dentro de las fronteras e incentivados por los gobiernos de turno.

Se propuso como tema de tesis doctoral: *"El Derecho Internacional Penal. Delitos y crímenes internacionales. Sus fuentes normativas"* y que busca dar respuesta a variadas cuestiones jurídicas.

Las cuestiones jurídicas

Entre muchos otros, se plantean los siguientes interrogantes:

- 1.- Cómo se compatibiliza el principio de la soberanía de los Estados con la vigencia del Dipen, que sanciona y castiga a los funcionarios públicos (Jefes de Estado) aún cuando ejercieran actos de "iure imperii".
- 2.- ¿Cuál es el proceso de formación de las normas penales internacionales, ante la ausencia de un órgano legislativo internacional?
- 3.- ¿Cómo se ejerce la actividad jurisdiccional internacional, que aplica las normas penales vigentes en la comunidad internacional, en un momento y lugar determinados ?.-
- 4.- ¿Un Estado se puede arrogar el derecho de juzgar a terceros (incluso Jefes de Estado), sin respetar el principio la territorialidad?. Qué fundamento jurídico tiene la denominada competencia universal?.
- 5.- Ante un sistema descentralizado, como el de la Comunidad Internacional, ¿quien ejerce el poder de policía que garantice la

efectividad en la prevención y la aplicación de las sanciones penales internacionales?

6.- ¿Como se estructura el sistema penal en la Comunidad Internacional?

7.- Si existen varios sub-sistemas penales internacionales, ¿cuál es la relación entre éstos?

8.- Existen normas penales no escritas e inclusive " implícitas" en la Comunidad Internacional?. Y de ser así, ¿qué vigencia tiene el principio del "nullum crimen sine lege praevia" que rige en los derechos internos estatales?.-

9.- ¿Qué es un *delictum iuris gentium*; qué es un delito y un crimen internacional. Cuáles son sus diferencias y cuál es el proceso de su formación?

10.- ¿Cuáles son las fuentes normativas de los *delicta iuris gentium*. Cuál es el ámbito de vigencia de las restantes fuentes normativas del Derecho Internacional Penal y su interrelación en el caso de la coexistencia simultánea?.

11.- Un Estado que no ha firmado o adherido alguna convención protectora de los derechos humanos, ¿puede alegar la inaplicabilidad de esa convención, por la mera invocación del principio del derecho de los tratados "*res inter alios acta*"?.

12.- ¿Implica la constitución de un Tribunal Internacional Penal el cese del ejercicio de la "competencia universal" por parte de los tribunales de los Estados miembros de la Comunidad Internacional?.

13.- Puede la costumbre internacional, a través de la "*opinio iuris*", modificar una convención internacional que tipifica un crimen?. Es el supuesto de la costumbre abrogatoria.

Objetivo de la tesis

Son objetivos de esta tesis:

.- precisar la ubicación del Derecho Internacional Penal en el ámbito del Derecho Internacional y su relación con el derecho estatal penal;

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
 Crímenes y delitos internacionales
 Fuentes normativas

- analizar el origen y el contenido de sus normas penales como expresión, a veces espontánea, de sus valoraciones y principios. Se iniciará el estudio desde el origen escrito y estructurado de las normas, representado por el derecho convencional, para finalizar con la fuente de los "Principios Generales de Humanidad" muy cercana al Orden Natural y presente en la conciencia de cada ser humano.

Tres son los pilares sobre los que se fundamentó esta investigación.

- a.- La existencia de un pluriverso internacional normativo simultáneo y superpuesto. Surge aquí la diferenciación entre el Dipen General y el Dipen Particular. Cada uno de ellos es un sistema penal propio e independiente.
- b.- La básica e ineludible distinción entre los delitos y crímenes internacionales. Cada cual con sus propios efectos. Los más importantes: la imprescriptibilidad y la "competencia universal".
- c.- El origen normativo (fuentes) de los tipos penales internacionales. Aquí se constata que existen fuentes creadoras de normas penales no escritas, vagas y difusas, y a pesar de ello, plenamente vigentes.

USAL

Las hipótesis

Precisamos el concepto de hipótesis como un juicio o enunciado (o conjunto organizado de juicios) no conocido, en esta instancia inicial, como verdadero o falso y que deberá ser convalidado o rechazado en base a la siguiente investigación. Se nos presenta, según la lógica formal de los antiguos griegos, como "*doxa*": opinión (contrapuesta a la "*episteme*"), es decir, conocimiento en un estado provisional antes de llegar a la seguridad de la "*episteme*". Las aceptamos provisoriamente como un instrumento para el proceso de adquisición de "nuevos" conocimientos (contrapuesto a lo que ya se sabe).

En esta investigación se procurará validar o desechar las siguientes hipótesis:

- 1.- El principio de la potestad soberana del Estado, reconocido como postulado básico de la Comunidad Internacional, es contradictorio con el concepto de la responsabilidad penal del Estado como la de sus

funcionarios, cuando actúen realizando actos de "iure imperii". Tema expuesto en la "Introducción".

2.- En el sistema penal de la Comunidad Internacional, la actividad de generación de las normas penales, la actividad jurisdiccional y la policial se encuentra descentralizada. Punto estudiado en Parte I, Capítulo I.-

3.- El Dipen es un sistema paritario (*inter pares non habet imperium*) por el que se delega, a los Estados, las tareas de tipificación, juzgamiento, persecución, detención y castigo de los criminales internacionales. Punto desarrollado en Parte I, Capítulo I.-

4.- El ejercicio del poder jurisdiccional internacional es subsidiario e interviene cuando el sistema penal estatal no ofrece una protección y juzgamiento suficientes. Punto analizado en Parte I, Capítulo I y Capítulo XIV.-

5.- Corresponde diferenciar entre el Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional por tratarse de sistemas normativos que corresponden a un distinto origen, distintas fuentes normativas y objetivos tutelares. Punto estudiado en Parte I, Capítulo III.-

6.- Existe en el Derecho Internacional Penal, vigente en la Comunidad Internacional, un pluriverso de regímenes penales, clasificables en dos categorías: el sistema internacional penal general y los sistemas particulares. Punto desarrollado en Parte I, Capítulo IV.-

7.- El *delicta iuris gentium* es una acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Punto analizado en Parte II, Capítulo V.-

8.- En el Dipen General, los Estados no son sujetos penalmente responsables. Punto estudiado en Parte II, Capítulo V.-

9.- Dentro de los *delicta iuris gentium* corresponde diferenciar entre delitos y crímenes internacionales. Punto estudiado en Parte II, Capítulo VI

10.- El crimen internacional es una acción que infringe una norma del *ius cogens* internacional. Punto analizado en Parte II, Capítulo VI.

12.- El derecho convencional internacional carece de la aptitud para generar por sí mismo, salvo la excepción de incluir el universo comunitario, una norma que prohíba un crimen internacional. El crimen internacional no puede tener como fuente normativa única el derecho convencional internacional. Punto desarrollado en Parte II, Capítulo VI

13.- El Dipen participa de iguales fuentes formales que el Derecho Internacional Público. Tema estudiado en Parte III. Capítulo VIII.

14.- Ante la multiplicidad de normas penales que surgen de distintas fuentes, existe un orden de prelación que determina la preeminencia en su aplicación. Analizado en Parte III. Capítulo VIII.

15.- Tienen lugar recíprocas relaciones de interdependencia entre el derecho convencional, el derecho consuetudinario y las demás fuentes del Dipen, en virtud de las cuales se generan normas penales de múltiples fuentes. Tema desarrollado en Parte IV. Capítulo IX.

16.- La aplicación de una norma penal que surge de determinada fuente, en base a los diversos criterios de prelación, no implica la abrogación de las restantes normas penales. Tema desarrollado en Parte I, Capítulo I y Parte IV. Capítulo IX.

17.- El Derecho Convencional como fuente de normas internacionales penales tiene limitaciones en cuanto al ámbito de su vigencia (los sujetos obligados), al carácter dispositivo de sus normas y la falta de una metodología y sistemática penal. Tratado en Parte IV, Capítulo IX.-

18.- El Derecho Consuetudinario internacional es fuente de normas internacionales penales no escritas, imprecisas y difusas. Tema desarrollado en Parte IV. Capítulo X.

19.- Los Principios Generales del Derecho son fuente de normas internacionales penales. Tema analizado en Parte IV. Capítulo XI.

20.- Los Principios Generales de Humanidad son una fuente formal, supletoria, de excepción y en situaciones de extrema gravedad, de normas internacionales penales no escritas. Tema desarrollado en Parte IV. Capítulo XII

21.- El Orden Natural tiene una directa incidencia en la formación de la "*opinio iuris humanitaria*" de la Comunidad Internacional que se manifiesta a través de los Principios Generales de Humanidad. Tema estudiado en Parte IV. Capítulo XII.

22.- Las resoluciones de los organismos internacionales pueden ser fuente formal de normas penales internacionales. Tema desarrollado en Parte IV. Capítulo XIII.

23.- La jurisprudencia internacional y estatal es una fuente auxiliar (verificadora) de normas internacionales penales. Tema analizado en Parte IV. Capítulo XIV.

La tesis:

En esta investigación se acreditará la verdad o falsedad de las hipótesis precedentes, la que se desarrolla en cada capítulo y en las conclusiones expuestas al final de esta investigación.

Metodología de investigación

El Derecho Internacional Público y en particular el Derecho Internacional Penal tienen características propias que determinan la metodología en su investigación. Así se constata:

La inexistencia de un órgano legislativo.

La inexistencia de un órgano judicial de naturaleza compulsiva respecto de los Estados.

La estructuración horizontal emergente del principio de soberanía y el corolario de la igualdad soberana de los Estados.

Estas características confieren a esta rama del derecho penal una particularidad que les es propia, por cuanto:

- No existen leyes internacionales,
- No existe un órgano supraestatal judicial de jurisdicción obligatoria que aplique penas y
- No existe un órgano de ejecución que garantice la aplicación de las sanciones penales (todo ello claro está, salvo la conformidad del Estado afectado).

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas

Por tal motivo:

a.- Para constatar la existencia de crímenes o delitos internacionales se procederá a su determinación a través de:

- Los tratados y convenciones internacionales como fuente escrita normativa.
- La costumbre internacional. En este aspecto mediante el rastreo de la existencia de una "práctica generalizada y uniforme" y la denominada "*opinio iuris*".

Sobre esta fuente particular (costumbre internacional), se estudiarán los casos sentenciados por Tribunales Internacionales (sea la Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Justicia, Tribunal para la Ex. Yugoslavia, Tribunal de Rwanda), que si bien se limitan en su aplicación al caso concreto, tienen importancia como dato verificador de la existencia de una norma internacional.

Se analizarán los proyectos presentados por la Comisión de Derecho Internacional, dependiente de las Naciones Unidas, sobre el tema de la tesis, así como también las objeciones de distintos Estados a tales proyectos, todos ellos como una manifestación o indicio de la "*opinio iuris*". En este tema adquiere especial relevancia la discusión sobre la responsabilidad penal de los Estados ante la Comunidad Internacional.

Se analizará la doctrina nacional e internacional relativa al tema de la tesis y en particular, a las fuentes normativas de los crímenes internacionales. Se detalla la bibliografía consultada para la preparación de este trabajo.

Se analizarán además varios ejemplos de Estados que a través de sus Derechos Penales internos, ejercitan la "competencia universal" como una modalidad del ejercicio de la jurisdicción internacional penal.

b.- Sobre el tema de "**LOS PRINCIPIOS GENERALES DE HUMANIDAD**", como fuente normativa de crímenes internacionales, se efectuará un análisis particular a través de los fallos de los

tribunales internacionales tendiente a detectar referencias indirectas al Derecho Natural.

No se debe olvidar que esta fuente es muy discutida por la doctrina positivista del derecho. Consideramos que el Derecho Internacional Penal es uno de los pocos ámbitos del derecho positivo donde el Derecho Natural puede ser considerado como una fuente de los Principios Generales de Humanidad, con prescindencia de la voluntad de los Estados.

La Comunidad Internacional, por naturaleza descentralizada, se nos presenta como un ámbito ideal, casi un laboratorio de estudio, para analizar el surgimiento de normas protectoras de una comunidad. Estas son las normas penales que forman parte del *ius cogens* internacional. Es en éste ámbito donde la "voluntad soberana del Estado", fuente normativa por excelencia para la doctrina positivista, pasa a segundo plano y es desplazada por la supremacía del "bien común" de la Comunidad.

PLAN EXPOSITIVO DE LA TESIS

Este trabajo se divide en tres Partes y en catorce Capítulos. Cada uno de ellos pretende ser una etapa progresiva para culminar con el desarrollo concreto de cada fuente de las normas penales internacionales.

Adoptamos el método de constatar en primer lugar la realidad jurídica internacional: el Derecho Internacional Penal. Se precisarán sus contenidos y caracteres; el concepto de crimen y delito internacional como manifestaciones del derecho sustancial para luego ascender hacia las fuentes de la cual derivan las normas.

CAPITULO I: "Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Penal".

Como elemento metodológico previo, se debe analizar cuál es la ubicación del Derecho Internacional Penal en el Derecho Internacional Público, y cuáles son las características propias de esta rama del Derecho que la diferencian de los demás Derechos penales.

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas

No se puede estudiar el tema de las fuentes normativas de un sistema legal, si previamente no se define su ubicación y relación con otra rama más general.

En este capítulo se constata que el Dipen es una rama del Derecho Internacional Público, y como tal, participa de sus características peculiares. Es un sistema penal descentralizado, que carece de órgano legislativo, judicial, policial, y donde cada miembro de la Comunidad debe asumir tales funciones.

Como característica propia se destaca la existencia de un pluriverso normativo, de varios sistemas Particulares del Dipen totalmente autónomos e independientes, con sus propios tribunales, procedimientos y derecho sustancial penal.

Una vez determinada la ubicación y característica fundamentales, se desarrolla el

CAPITULO II: "El Derecho Internacional Penal"

Volviendo al ejemplo del "afluente", debemos previamente determinar de qué curso de agua estamos tratando para no equivocar nuestro avance ascendente hasta la fuente de la cual brota, y evitar tomar un camino que podrá llevarnos a fuentes erróneas.

Se define en este capítulo qué es el Dipen. Es Derecho Internacional, derecho público, derecho valorativo y es Derecho Penal. En cuanto a esta cualidad "punitiva", se desarrolla la teoría de la sanción internacional: quién las aplica y cómo se clasifican.

CAPITULO III.- "El Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional.

En este capítulo se hace hincapié en la errónea utilización de la doctrina de ambos términos. Se diferencia cada uno de ellos y comprueba que cada cual es parte de sistemas normativos completamente diferentes: uno pertenece al ámbito del DIP y otro al ámbito del Derecho penal estatal.

Esta distinción es fundamental y debe ser aclarada, por cuanto las fuentes normativas son distintas si se trata del Dipen o del Derecho

Penal Internacional. Se puntualizan en el Capítulo las diferencias existentes entre ambas.

CAPITULO IV.- “El Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal”. -

El régimen penal internacional debe ser diferenciado entre el Dipen General, que rige para toda la comunidad en su conjunto, y el Dipen Particular que tiene una vigencia personal y espacial limitada.

Cada uno de estos sistemas tiene sus propias características, tribunales, **fuentes normativas** y derecho sustancial y procesal. Son universos normativos propios y específicos. De allí nuestra denominación “*pluriverso normativo*” como si en un mismo territorio confluyeran varios códigos penales y procesales distintos.

Esta realidad plantea la cuestión de las fuentes normativas: cuáles se aplicarán para la sanción y castigo de cada conducta, que podrá ser considerada crimen o no, según el sistema aplicable.

En este capítulo se hace referencia a los sistemas de derecho penal interno de algunos Estados que, sobre la base del principio de la “competencia universal”, se arrogan facultades para detener y juzgar a los criminales internacionales: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Holanda, Suiza.

Como parte integrante del estudio de las fuentes normativas, se analizan las fuentes normativas de cada sistema del Dipen Particular: cómo nacieron y se constituyeron dentro del Dipen General.

CAPITULO V.- El delito internacional “*Delictum iuris gentium*”.

Para estudiar la fuente de las normas penales se debe previamente conocer esas “normas penales”. Para llegar a la fuente, se debe analizar la naturaleza del “producto” de esa fuente. Surge la necesidad de definir lo que es un “*delictum iuris gentium*”.

Se analiza el concepto y los elementos constitutivos de los “*delicta iuris gentium*”: acción, típica a su manera, antijurídica, culpable y punible.

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas

Dentro de este capítulo se analiza un aspecto delicado, cual es la "responsabilidad penal de los Estados" y la teoría general de la "poena" internacional, que entendemos factible de ser aplicable a una persona jurídica.

CAPITULO VI. "Delicta iuris gentium". Clasificación.

Luego de una rápida cita a las clasificaciones de otros ius-internacionalistas, arribamos a la que consideramos de fundamental importancia: crimen y delito internacional.

Se diferencia entre delitos internacionales y "crímenes internacionales". Se destaca que éstos últimos pertenecen al denominado *ius cogens*, y tienen como características propias: su calidad de normas imperativas, y oponibles *erga omnes*.

Se realiza un análisis de las fuentes generadoras de estos crímenes, y destacan las limitaciones de las Convenciones internacionales para ser fuentes de los "crímenes internacionales."

Como fundamento de esta clasificación, se detallan los efectos propios de los "crímenes internacionales": obligan penalmente a todos los Estados, son oponibles "erga omnes", no prescriben, no se pueden oponer inmunidades, existe la obligación de extraditar ("aut dedere aut iudicare") y finalmente se ejerce, respecto de éstos la "competencia universal".

Una vez definido el ámbito y la materia del Dipen se analizan las "fuentes".

CAPITULO VII. Fuentes del Derecho Internacional Penal. Parte General.

Se hace un análisis del concepto de "fuente" del derecho y las clasificaciones que históricamente existieron. Se cita a la escuela ius racionalista de Grocio, Hobbes, la escuela histórica de Savigny y las vertientes positivistas de Kelsen y Hart. Se hace referencia a la posición de Roberto Ago y de Julio A. Barberis como exponentes del denominado "derecho espontáneo".

Se diferencia entre fuentes materiales y fuentes formales del Dipen.

CAPITULO VIII. Fuentes formales del Dipen.

Se parte de la referencia del art. 38 del ECII. Se constata que su enumeración no es taxativa y que existen otras fuentes a más de las allí destacadas. En este capítulo se analiza la relación entre las distintas fuentes y el orden de prelación de normas penales que confluyen sobre un mismo hecho, espacio y tiempo.

Ante el fenómeno del pluriverso normativo, se hace un análisis de la aplicación de las normas del Dipen que surgen de distintas fuentes y sistemas particulares. Nos referiremos a distintos criterios de aplicación de normas en función de su imperatividad, del criterio de especialidad y la prelación temporal.

CAPITULOS X - XI - XII - XIII y XIV.- Fuentes en particular del Dipen.

Se analiza cada fuente en su calidad de generadoras de normas internacionales penales. Sucesivamente se tratará en cada capítulo cada fuente en particular:

El Derecho Convencional, el Derecho Consuetudinario, los Principios Generales del Derecho de las naciones civilizadas, los "Principios Generales de Humanidad" como referencia del "Derecho Natural" cuya influencia directa e inmediata tiene en la generación de las normas penales, y finalmente, las Resoluciones de los Organismos Internacionales. Como último capítulo se hará referencia a la Jurisprudencia como fuente auxiliar y verificadora de las normas internacionales penales.

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas

ABREVIATURAS

En este trabajo se emplean las siguientes abreviaturas

Regímenes internacionales:

DIP : Derecho Internacional Público.
Dipen General: Derecho Internacional Penal General
Dipen Particular: Derecho Internacional Penal Particular

Estatutos:

ETIY = Estatuto del Tribunal Internacional de la Ex Yugoslavia.
ETIR = Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda.
ETESL = Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona.
ETIN = Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg.
ETIT = Estatuto del Tribunal Internacional de Tokio.

Tribunales Internacionales

CPJ= Corte Permanente de Justicia
CIJ = Corte Internacional de Justicia.
CIDH = Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPI = Corte Penal Internacional del Tratado de Roma
TIPEY = Tribunal Internacional Penal de la ex Yugoslavia.
TIPR = Tribunal Internacional Penal de Ruanda.
TESL= Tribunal Especial de Sierra Leona.

Convenciones internacionales:

CNU= Carta de las Naciones Unidas
CV1961= Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas
CV1963= Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
CV1969 = Convención de Viena del Derecho de los Tratados
TR = Tratado de Roma de julio de 1998.

J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

"por haber pisoteado las leyes de Dios y del hombre"

De la sentencia dictada contra Landvogt Peter Von Hagenbach (año 1474)

§1. - Breve referencia histórica

1. - El gobernador Landvogt Peter Von Hagenbach, en el año 1474, fue ejecutado tras la orden impartida por el verdugo "que se haga justicia". La pena de muerte se le aplicó por haber instaurado un régimen arbitrario y brutal para someter a la población de Breisach durante una ocupación militar.¹

Una coalición integrada por Austria, Francia, Berna y otros poblados del Alto Rin puso fin a esta tiranía. Los homicidios, violaciones, confiscación de bienes fueron prácticas generalizadas impuestas por el gobernador. Se constituyó una corte "ad hoc" conformada por 28 jueces de la coalición victoriosa (citado como antecedente de los Tribunales de Nüremberg y Tokio²). Se le formularon imputaciones concretas por homicidio, lesiones y violaciones al haber impartido la orden a sus mercenarios de matar a los hombres, para que sus mujeres y niños fueran fácilmente sometidos. Von Hagenbach argumentó que actuó bajo las órdenes directas del duque de Borgoña, Carlos el Temerario (1433-1477), que no podía desobedecer. El duque confirmó y ratificó por escrito que todo lo que se había realizado por el acusado fue hecho en su nombre. El tribunal desechó la defensa y ordenó la ejecución. Este caso puede ser citado como uno de los antecedentes más antiguos en que se planteó la defensa de la "obediencia debida". Desde entonces y en forma continuada, los tribunales internacionales rechazaron esta causal como justificación de actos aberrantes y criminales (ver §71B pag. 269).

¹ Szurek, Sandra. "Historique. La formation du Droit International Pénal" en Droit International Pénal. Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X.) Éditions A. Pedone. Paris 2000, pag. 19.

² Schwarzenberger, Georg. The Judgment of Nüremberg, en Tulane Law Review, pag. 331. Vol. XXI marzo 1947. N° 3.

La constitución de tribunales para el juzgamiento de excesos cometidos durante una guerra o una ocupación militar territorial (como el referido caso de Breisach), no es tema novedoso en el ámbito internacional. Pueden señalarse antecedentes, incluso anteriores al citado, y que evidencian la preocupación de la Comunidad Internacional de impedir y sancionar los actos de excesiva crueldad durante un conflicto armado.

Así se puede citar el cuestionado juicio promovido por Charles de Anjou contra al soberano príncipe Conraddin Von Hohenstafen, quien fue ejecutado en Nápoles por haber iniciado una guerra "injusta" (1268). Se cita además, como el primer antecedente de un proceso por violación de las normas consuetudinarias del derecho de guerra, al promovido el año 1305 contra Sir William Wallace por una corte inglesa.³

A los precedentes jurisdiccionales se pueden agregar las normativas dictadas por los poderes políticos y militares, que si bien fueron normas de derecho interno, tenían como objetivo la morigeración de los actos de crueldad durante el curso de las acciones bélicas. El año 1386 el rey Ricardo II de Inglaterra promulga el "Estatuto para el gobierno del ejército" que prohibió bajo pena de muerte, los actos de violencia contra las mujeres, los sacerdotes, el incendio de hogares y la profanación de iglesias. Así también los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría de 1526, por el emperador Maximiliano II en 1570 y por el rey Gustavo II Adolfo de Suecia en 1621. Todos estos cuerpos legales contenían normas que limitaban las acciones militares, pudiendo citar entre otras, la prohibición de ejercer actos de hostilidad contra clérigos, ancianos, mujeres, doncellas o niños.⁴

2. - Si bien los antecedentes reseñados no se corresponden con un sistema de Derecho Internacional propiamente dicho, la desintegración del Sacro Imperio Romano, en referencia al caso de Landvogt Peter Von Hagenbach (1474), tuvo tal magnitud que las relaciones entre las comunidades políticas se desarrollaron en una

³ Schwarzenberger, Georg. The Judgment of Nürnberg, en Tulane Law review. pag.330. Vol.XXI marzo 1947. N° 3.

⁴ Edoardo Greppi. "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho internacional". Revista internacional de la Cruz Roja. N° 835 pp.531-554. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Turín, Italia.

INTRODUCCIÓN

situación de igualdad o "inter pares", muy semejante a las relaciones internacionales actuales. Los ejemplos reseñados fueron citados como precedentes de la acusación contra el Kaiser Wilhelm II de Hohenzollern cuando se acuerda en el Tratado de Versalles (artículo 227) su juzgamiento por los crímenes cometidos durante la 1ª guerra mundial.⁵

La firma del tratado de Roma el mes de julio de 1998 y la constitución de un Tribunal Internacional Penal Permanente, otorgó un significativo impulso al Derecho Internacional Penal. No será un tribunal de vencedores para juzgar a vencidos, ni un tribunal "ad hoc" constituido "a posteriori" de la comisión de los crímenes. Por primera vez en la historia del Derecho Internacional se constituye un tribunal penal permanente con características internacionales.⁶

§2. - Primer aproximación al Derecho Internacional Penal

3.- La Comunidad Internacional se nos presenta en forma inorgánica, como un fenómeno histórico natural. Con la constitución de la Sociedad de las Naciones y la posterior Naciones Unidas, los Estados trataron de dar una forma, más o menos organizada, a la Comunidad a través de convenciones (el Tratado de Versalles de 1919 o la Convención de Chicago de 1944). Pero la creación y existencia de tales organizaciones mundiales no agotan ni abarcan "*in totum*" el ser de la Comunidad Internacional. Son tentativas para darle una forma más o menos organizada pero sin agotar su esencia, que permanece inalterable por "sobre" tales formas de organización.

⁵ Szurek, Sandra. "Historique" en "La formation du Droit International Pénal". Ob.cit., pag.19

⁶ Pero corresponde reiterar que esta especialidad del Derecho Internacional ya existió si bien en forma primitiva y rudimentaria desde muchos siglos atrás. No compartimos las manifestaciones de la autorizada doctrina en el sentido que el Derecho Internacional Penal es una novedosa rama del Derecho Internacional. Consideramos que el juzgamiento del derrotado por excesos cometidos en un conflicto armado es tan antiguo como el mismo Derecho de Guerra. En contra: Fierro, Guillermo J. "La ley penal y el Derecho Internacional". Editorial Tipografica Editora Argentina. 2ª edición.1997 pag. 61. Además Glaser, Stefan "Introduction a l'étude du Droit International Pénal" pag. 7 - "Voilà un nouveau domaine du droit, qu'on a proposé de dénommer aussi "droit international pénal" ... Librairie du Recueil Sirey S.A. Paris. 1954. Profesor de la Universidad de Liège.

Por tal motivo es erróneo considerar que las Naciones Unidas "son la Comunidad Internacional" por cuanto representan una de las tantas y posibles formas organizativas. Con lo expuesto se quiere significar que las Naciones Unidas y cada uno de sus órganos, incluido el Consejo de Seguridad, se encuentran sometidos a la normativa básica comunitaria. Las resoluciones o decisiones que se pudieren adoptar, se encuentran reguladas por las normas imperativas que hacen al orden público internacional. El "*ius cogens*" impera aún para los máximos órganos internacionales así como también para cada uno de los Estados de la Comunidad. Sus decisiones deberán adecuarse al orden público internacional. Las votaciones, aún por unanimidad, sobre cuestiones que violen tales principios y normas, no sólo serán calificadas de nulas sino que además, podrán generar la responsabilidad internacional (reparatoria y penal) del Organismo Internacional y de las personas físicas participantes.

4.- Así como el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre los sujetos de la Comunidad Internacional, el Derecho Internacional Penal tiene por objeto la protección de los intereses fundamentales de esa Comunidad. Es la Comunidad quien exige que un acto, al que se atribuye la calificación de criminal, debe ser reprimido penalmente.⁷

Se califica como "*delicta iuris gentium*" a las acciones que atentan contra su existencia y son merecedoras de una sanción. La norma internacional penal es un resultado emanante de la Comunidad Internacional. En variadas ocasiones puede surgir en forma espontánea para calificar como crímenes conductas contrarias a todo sentido mínimo de humanidad.⁸ Escapan al voluntarismo estatal individual o grupal y representan la esencia, las valoraciones y los sentimientos de toda la Comunidad Internacional.

La existencia de este Derecho Internacional Penal no es por la creación de un Estado o de un grupo de Estados, y ni siquiera de un posible Organismo Internacional con calidades supranacionales (como un parlamento de naciones que se pudiera constituir en el futuro). El Derecho Internacional Penal se fundamenta en un orden superior que escapa al dominio de los juristas y políticos, de un orden fundado en la

⁷ Szurek, Sandra. "La formation du Droit International Pénal" ob.citada Pag.12 puntos 17 y 18.

⁸ Nos remitimos a lo tratado en el Capítulo XII sobre los Principios Generales de Humanidad.

INTRODUCCIÓN

propia naturaleza de las cosas y ajeno al producto de una creación subjetiva.⁹

§3. - El Derecho Internacional Penal y la soberanía estatal

...se hace preciso el sacrificio del valor histórico "Soberanía" en aras del ontológico muy superior de la "Justicia"... (Antonio Quintano Ripollés)¹⁰

5. - Cabe preguntarse cuál fue el motivo por el cual, recién a fines del siglo XX, el Derecho Internacional Penal ha tenido un significativo desarrollo. Estimamos que existió una valla infranqueable en el propio Derecho Internacional Público: el concepto de la soberanía estatal como un atributo absoluto e ilimitado. Tal es así que los casos de aplicación de castigos por haberse infringido normas del derecho internacional penal, se debieron al ejercicio del derecho del vencedor sobre el vencido, y fundamentalmente, por haberse violado los usos y costumbre de la guerra.

La existencia de normas penales genera una situación de tensión con el concepto clásico de la soberanía de los Estados. A primera vista pareciera existir una irreductible contradicción entre el principio de la soberanía y la aplicación imperativa de una norma penal. Ello fue una de las tantas razones por las que esta disciplina recién ha podido desarrollarse a partir de la 2ª guerra mundial y en forma significativa a partir de la firma del Tratado de Roma de 1998.

Es fundamento de la Comunidad el respeto a la soberanía de los Estados. Principios como la igualdad soberana o de la no-injerencia en los asuntos internos son el pilar del Derecho Internacional. El concepto de "comunidad"

⁹ Quintano Ripollés, Antonio. "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal" p.378. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1955

¹⁰ Quintano Ripollés, Antonio. "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal". Ob.citada. Pág.60.

presupone una pluralidad de sujetos que se relacionan en un plano de igualdad jurídica. Por tal razón no se puede concebir su existencia si se cuestiona la soberanía estatal.

6. - Como contraposición al reconocimiento de la soberanía, existe la obligación de cada Estado de someterse a la normativa que rige las relaciones de la Comunidad Internacional, lo que incluye también el sometimiento a sus normas penales. Lo particular es que el ámbito de vigencia del régimen penal internacional no se limita a los Estados dado que comprende a las personas privadas (físicas o jurídicas). Existe un efecto de expansión de la vigencia personal del Derecho Internacional Penal al involucrar en su regulación, la protección y el castigo de personas privadas.

La particularidad distintiva del Derecho Internacional Penal es su aplicación a las personas físicas. Todo habitante se encuentra sometido a los preceptos de los códigos penales internos y además a la normativa internacional penal. Aún en los casos que el Estado niegue o impugne su vigencia. Esta situación de protección de la Comunidad Internacional y el consecuente castigo de los infractores, determina que un importante sector de la doctrina internacionalista considere que la persona física es un sujeto de derecho del Derecho Internacional Público. Se afirma que existen derechos y obligaciones que surgen de la norma internacional penal. Esta titularidad, como centro de imputación normativa le otorga al individuo la subjetividad jurídica internacional.¹¹ No compartimos este criterio dado que la subjetividad jurídica no sólo implica ser titular de derechos y obligaciones, sino que además se deberá gozar del "*locus standi*" (legitimación procesal) y participar como sujeto en la formación de las normas de ese ordenamiento.¹²

7. - La norma internacional penal tiene la intrínseca finalidad de reprimir a toda persona física o jurídica que lesione el bien jurídico protegido. No otorga la inmunidad el cargo o función (Jefes de Estado

¹¹ Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse. "Derecho Internacional Público". Tomo I. Editorial Zavalla. 5ª reimpresión. 1997. Pág. 16: "La sola imputación directa de derechos y obligaciones internacionales confiere al individuo subjetividad dentro del ordenamiento jurídico internacional. Y esto es así, independientemente de que el individuo haya sido habilitado o no, para el ejercicio directo de las acciones correspondientes."

¹² Sabat, José María y Dobovšek, José, "La subjetividad jurídica de la persona privada en el Mercosur" ... Pág. 71. "Mercosul no cenário internacional. Direito e Sociedade. Terceiro volume. EIDAS/UNISUL. 1998. Florianópolis. Brasil.

INTRODUCCIÓN

o diplomáticos) ni la entidad del sujeto activo del crimen (Estados u organismos internacionales)¹³. Por tal motivo el concepto clásico de la soberanía estatal, como poder absoluto e ilimitado que protege con un manto de inmunidad a sus órganos y funcionarios, se encuentra severamente restringido por esta rama del Derecho Internacional.

La soberanía de los Estados es un atributo jurídico necesario para el nacimiento y existencia de la Comunidad Internacional. Pero ello no significa que su ejercicio se encuentre desligado de una norma superior que lo regule. El Derecho Internacional no acepta una soberanía absoluta, desarreglada e ilimitada. La sola pertenencia a la Comunidad hace que el Estado, como sujeto soberano, quede sometido a las normas que regulan las relaciones entre sus miembros. A su vez la Comunidad deberá respetar la soberanía del Estado en la medida que el poder sea ejercido de acuerdo y conforme a sus normas.

La positiva evolución del Derecho Internacional hizo elevar su mirada por sobre la barrera de la soberanía para evaluar el trato que se dispensa a la persona humana dentro de las fronteras estatales. El concepto del abuso del derecho es aplicable en este aspecto. El ejercicio de un derecho, el poder soberano, deberá conformarse con el sistema normativo que lo reconoce.

8. - Cuando existen graves atentados al derecho humanitario, sea en conflictos internos o internacionales, la Comunidad apeló a los denominados *remedios policiales*. Son las "*intervenciones armadas*" para poner fin a las infracciones y delegar el juzgamiento y castigo de los responsables a los tribunales internacionales o nacionales.

Algunos internacionalistas sostienen que "la intervención debe ser considerada como un acto legítimo cuando un Estado, abusando de su autonomía e independencia, compromete uno de los derechos esenciales de otro Estado. Además es un postulado del Derecho Internacional moderno el que afirma que el principio de autonomía e independencia debe combinarse con la interdependencia y solidaridad de los Estados. En otros términos, la

¹³ La responsabilidad penal del Estado es analizada en §41 pag. 110 y ss.

soberanía no debe ser respetada más que cuando es en sí respetable, y no lo es cuando tal soberanía viola los deberes internacionales.¹⁴

9. - No caben dudas del peligro que implica aceptar que la soberanía estatal será respetada por la Comunidad, en la medida que ejercite su poder conforme a derecho. ¿Quién decide que existe ejercicio abusivo del poder soberano de un Estado?. ¿Cómo corresponde intervenir y en qué medida?. En la historia se dieron numerosos casos de intervenciones so pretexto de cuestiones humanitarias, a veces justificables y muchas otras no¹⁵. Es un delicado tema que el Derecho Internacional deberá regular estableciendo un justo equilibrio entre el derecho soberano de los Estados y los derechos fundamentales de la Comunidad Internacional. La cuestión central es determinar: **quién decide sobre el abuso y cómo se actúa.**

Lo cierto es que esta rama del Derecho Internacional presupone que el dogma de la soberanía estatal ha sufrido, enhorabuena, una apreciable limitación. Frente a la comisión de un crimen internacional ya no caben las inmunidades del Jefe de Estado ó diplomáticas ni tampoco la alegación del paso del tiempo para la prescripción. Cualquiera de los Estados de la Comunidad Internacional podría arrogarse la competencia para la detención, el juzgamiento y el castigo del responsable ("principio de la competencia universal", en §100E, pag.392).

UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

¹⁴ Fauchille, Paul "Traité de Droit International Public" ,Rousseau,Paris ,1922,Vol., p.565, PUNTO 304: "En d'autres termes, la souveraineté ne doit être respectée que lorsqu'elle est respectable; or elle ne l'est pas quand elle viole les devoirs internationaux".

¹⁵un detalle histórico de tales intervenciones se puede consultar en Ramon Chornet, Consuelo. "¿Violencia necesaria?.ob.cit. "Los antecedentes inmediatos de la " nueva" concepción acerca de la intervención humanitaria", pag.45 y ss

J. Dobovšek

INTRODUCCIÓN

PARTE I



J. Dobovšek

El Derecho Internacional Penal
Crímenes y delitos internacionales
Fuentes normativas



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

J. Dobovšek

CAPITULO IEl Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal**CAPITULO I****DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO
INTERNACIONAL PENAL**

- §4. - Ubicación metodológica del Derecho Internacional Penal. El Derecho General y el Derecho Particular.
- §5. - Características comunes entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Penal General.
- §6.- Derecho de coordinación, descentralizado, sin parlamento, sin órgano judicial y sin órgano de policía
- §7.- La Comunidad Internacional como un sistema "paritario"
- §8.- La inexistencia de un órgano legislativo
- §9.- La inexistencia de un órgano judicial internacional de jurisdicción compulsiva para los Estados
- §10.- La delegación del Derecho Internacional al derecho interno de los Estados para la tipificación, persecución, detención, juzgamiento y castigo de los criminales internacionales. Principio de subsidiariedad.
- §11.- La jurisdicción internacional subsidiaria
- §12.- La jurisdicción de los Tribunales Internacionales Penales de los regímenes particulares.
- §13. - La multiplicidad de regímenes internacionales penales. El pluriverso penal
- §14. - La descentralización del ejercicio del poder de policía internacional
- §15. - La simultaneidad de las fuentes normativas
- §16. -El caso de las actividades paramilitares en Nicaragua resuelto por la Corte Internacional de Justicia (16.11.1984)
- Conclusiones del CAPITULO I

"Que en el plano internacional donde no hay Estado ni órgano soberano comunes ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, la única salvaguarda posible contra los desbordes de los Estados particulares para la protección de los bienes esenciales –ente los que indudablemente se

encuentra la vida- se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica y que se ha ido desarrollando progresivamente en la formulación de un derecho internacional general en materia de sanción de actos atentatorios de intereses internacionalmente protegidos”¹⁶

§4.- Ubicación metodológica del Derecho Internacional Penal. El Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal Particular.

10.- El **Derecho Internacional Penal** es una rama específica del **Derecho Internacional Público** y su característica esencial es el concepto de “punibilidad”. Son normas de fuente internacional cuyo bien jurídico tutelado corresponde a la Comunidad y que, ante su violación, corresponde la aplicación de una pena.

Dentro del Derecho Internacional Penal corresponde distinguir el:

Derecho Internacional Penal General integrado por normas penales con vigencia universal;

Derecho Internacional Penal Particular con normas de vigencia internacional limitada en el espacio, en el tiempo o respecto a determinados sujetos.

11.- La diversidad de los regímenes penales se encuentra motivada por las distintas fuentes que les dieron origen y también por la normativa sustancial y procesal que los integra. Ello nos lleva a utilizar el término de “*pluriverso penal*”, en el cual cada sistema tiene sus propios tribunales, su derecho procesal y además sus normas de fondo. Existen distintas tipificaciones de crímenes internacionales de acuerdo al sistema aplicable y lo que es sumamente delicado, la posibilidad que con el tiempo se desarrolle una jurisprudencia contradictoria según los tribunales que intervengan.

¹⁶ CSJN in re : “Friebke, Eric s/ solicitud de extradición” causa. 16.063/94 del 2.11.1995 “Voto Dr. Gustavo Bossert considerando 33.-

J. Dobovšek

CAPITULO I

El Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal

Preliminarmente se deben destacar las características propias del régimen Penal General, esto es de aquel que rige para la Comunidad Internacional en su totalidad.

§5.- Características comunes entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Penal General.

12.- El Derecho Internacional Penal General comparte las características propias del Derecho Internacional Público que le imprimen una peculiaridad desconocida en los derechos penales internos. Destacamos las siguientes:

- Es un **Derecho de coordinación** entre los sujetos que lo integran y en consecuencia un **Derecho descentralizado**.
- Como consecuencia de la descentralización, es un **Derecho que carece de un órgano legislativo** que tipifique los delitos y crímenes mediante leyes escritas.
- Es un **Derecho que carece de un órgano judicial** que ejerza la jurisdicción internacional en forma imperativa o compulsiva respecto de los Estados.
- **Existe un pluriverso normativo penal**. En este aspecto se diferencia entre el Derecho Internacional Penal General y los Derechos Internacionales Penales Particulares. Cada régimen tiene sus propias normas, tribunales y procesos
- **No existe un órgano centralizado con poderes de policía** para mantener el orden y hacer cumplir las normas internacionales (inclusive penales).
- Es un Derecho que se caracteriza por la existencia de **fuentes normativas múltiples y de vigencia simultánea** que plantean el problema del orden de prelación de las normas internacionales conforme a su fuente de origen.
- Existe una delegación al derecho interno de los Estados para la persecución, detención, juzgamiento y castigo de los criminales internacionales.

- A diferencia del Derecho Internacional Público, se establece una responsabilidad penal directa e inmediata de la persona física, lo que genera una discusión doctrinaria sobre la subjetividad jurídica del individuo dentro de tal rama del Derecho.

§6.- Derecho de coordinación, descentralizado, sin parlamento, sin órgano judicial y sin órgano de policía:

"Par in parem imperium non habet".

13.- Un principio básico del Derecho Internacional es el de la igualdad soberana de los Estados. Todos los Estados son jurídicamente iguales. No importa su tamaño, poderío económico ó militar.¹⁷

La soberanía de los Estados es la piedra basal sobre la que se funda el Derecho que rige esta Comunidad. Por tal motivo, si todos los Estados son soberanos e iguales ante el Derecho, no pueden darse entre éstos relaciones de subordinación jurídica.

§7.- La Comunidad Internacional como un sistema "paritario"

14.- Esta realidad hace que la Comunidad Internacional se estructure como un sistema de coordinación basado en la idea de la coexistencia pacífica, la recíproca tolerancia, el fiel cumplimiento de la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*), y la solidaridad en la persecución y detención de delincuentes (fundamento del proceso de extradición).

El primer efecto de este sistema de coordinación o "paritario" es la descentralización de las funciones en la Comunidad Internacional.

¹⁷ Así lo dispone el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas. La Declaración 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el acápite sexto, recoge el principio de la igualdad soberana de los Estados: "Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales Derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la Comunidad Internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole."

J. Dobovšek

CAPITULO IEl Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal

Los Estados son sujetos soberanos que tienen el poder de organizarse y regirse recíprocamente sobre la base del consenso. Es por esta razón que en épocas de paz, un Estado no puede ser limitado en su poder soberano con alguna centralización del poder para dictar normas internacionales (parlamento) o para juzgar (tribunales) o ejecutar las penas (poder de policía), salvo que delegue tales facultades en otro sujeto internacional.¹⁸

Esta descentralización funcional de la Comunidad determina que sean sus integrantes quienes asumen las funciones de dictar las normas que regularán sus relaciones, de actuar como jueces para determinar si tales normas fueron violadas, y finalmente se adjudiquen el derecho de aplicar las sanciones o de obtener las reparaciones correspondientes.

§8.- La inexistencia de un órgano legislativo

15.- No existe en el ámbito internacional un organismo con facultades para dictar normas que sean obligatorias para los miembros de la Comunidad Internacional¹⁹. Son los "sujetos del Derecho Internacional Público" quienes en forma expresa (a través de tratados bilaterales o multilaterales) o en forma tácita y no-escrita (mediante el derecho consuetudinario, derecho espontáneo o los Principios Generales de Humanidad), determinan las normas que regularán sus relaciones; y en el caso del derecho penal, cuáles conductas serán consideradas como crímenes o delitos internacionales pasibles de una sanción.

"No hay un órgano legislativo, en el sentido técnico del término, en el sistema de las Naciones Unidas y, de un modo más general, no existe un Parlamento en la Comunidad Internacional. Esto significa que no existe un

¹⁸ Aubert Vignali, Heber. "Las relaciones internacionales y sus reglas" en Derecho Internacional Público. Eduardo Jiménez de Aréchaga. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 2ª edición 1996. pag. 27.

¹⁹ Ello no obsta desconocer los casos en los que se delegan facultades normativas, limitadas a su objeto, en Organismo Internacionales cuyas resoluciones pueden llegar a ser obligatorias para sus miembros (ver §93, pag. 363).

órgano formalmente dotado del poder de adoptar leyes jurídicamente vinculantes para los sujetos de derecho internacional".²⁰

16.- Podría afirmarse que la Asamblea General de las Naciones Unidas es un órgano legislativo. Pero ello no es así. La Asamblea de las Naciones Unidas se expide a través de resoluciones, declaraciones o recomendaciones, que no tienen un carácter obligatorio "stricto sensu" análogo a una ley. La Asamblea de las Naciones Unidas *puede proponer pero no obligar* a los Estados miembros de las Naciones Unidas. Por ello, al no existir obligatoriedad respecto de sus resoluciones falta el elemento típico para conceptualizar la existencia de una norma jurídica como es la ley.

En el caso del Sud-Oeste Africano de la Corte Internacional de Justicia²¹ se confirmó la falta de obligatoriedad de las resoluciones de la Asamblea General. Éstas no tienen otro alcance que "invitaciones a observar una determinada conducta". Sostuvo el Tribunal que no cabe ninguna duda que "la fuerza persuasiva de las resoluciones del Asamblea General puede ser muy considerable, pero esa es otra cuestión, que operará el nivel político pero no en el jurídico; y no convierten a esas resoluciones en jurídicamente obligatorias".

Sin embargo la Asamblea General se presenta como un foro deliberativo con una gran influencia en la formación indirecta de normas internacionales. El hecho que una resolución de la Asamblea General no sea obligatoria no por ello carece de otros efectos jurídicos importantes, dado que sus resoluciones desempeñan una importante función para la futura creación de normas obligatorias, sean consuetudinarios o consensuales.²²

Muchas convenciones internacionales han sido gestadas por la acción del Asamblea General, quien reiteradamente ejerció en forma efectiva su

²⁰ "Il n'existe pas, cependant, d'organe législatif dans l'acception technique du terme dans le système des Nations Unies et, plus généralement, pas de Parlement dans la communauté mondiale ..." Así lo resolvió la Cámara de Apelaciones del TIPEY in re "Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Prosecution's motion requesting protective measures for victims and witnesses, 10 de agosto 1995, Case IT :94-I-T, T. Ch. Párrafo 43. Disponible en sitio internet del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia.

²¹ <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/csaesasommaire660718.htm>

²² **Rey Caro, Ernesto J.** La competencia legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Efectos jurídicos de las resoluciones. Pag.24. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. 1978. Ver también lo expuesto en el CAPÍTULO X sobre el "soft law" (§67 A.c.- pag.253).

J. Dobovšek

CAPITULO I**El Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal**

función de promover el desarrollo del Derecho Internacional y su codificación.

17.- Esta descentralización de las funciones normativas hace que Derecho Internacional Penal haya evolucionado en distintas áreas y en forma despareja y a veces contradictoria. La falta de una sistemática de la criminología internacional y de un cuerpo codificado normativo, son una particularidad posible de calificar como dramática de esta rama penal.

Respecto de las extraordinarias facultades "normativas" del Consejo de Seguridad, que representaron una novedosa situación en el Derecho Internacional, nos remitimos al CAPITULO XIII en el que se tratan las "decisiones de los Organismos Internacionales" como fuentes de normas del Derecho Internacional Penal. (§94, pag.366).

**§9.- La inexistencia de un órgano judicial internacional de
jurisdicción compulsiva para los Estados**

18.- Es principio del Derecho Internacional que la jurisdicción es eminentemente voluntaria, vale decir, que es necesaria la previa conformidad del Estado para ser sometido a la jurisdicción de tal o cual tribunal internacional. La voluntariedad de la jurisdicción internacional deriva de su carácter de sujeto soberano de la Comunidad Internacional.

Esta conformidad o aceptación de la jurisdicción internacional, sea expresa o tácita, debe ser prestada por los Estados *ex ante* o *ex post* al hecho que motiva el juzgamiento.

La falta de tribunales internacionales es una característica del Derecho Internacional Penal General. Ello motiva que el sistema de juzgamiento y castigo de los crímenes internacionales, a nivel del Dipen General, reposa en los sistemas de derecho interno estatal (ver §100 A, pag.386).

§10.- La delegación del Derecho Internacional al derecho interno de los Estados para la tipificación, persecución, detención, juzgamiento y castigo de los criminales internacionales. Principio de subsidiariedad.

19.- Es práctica del derecho convencional internacional penal, que se atribuya a los Estados Partes el deber de ejecutar el convenio internacional y sancionar a los infractores. En última instancia es el Derecho Penal interno de los Estados el encargado de la punibilidad de esos delitos o crímenes. Los Estados que suscriben las convenciones internacionales asumen la obligación de incorporar esos tipos penales en su respectivos códigos y de perseguir a los autores de los crímenes, o en su defecto, extraditarlos para que otro Estado aplique la pena.

Tiene aquí plena vigencia la máxima de Hugo Grocio que formulara ya en 1624: "*aut dedere aut iudicare aut punire*", (o juzgo y condeno o extradito). Puede afirmarse que la represión interna es la regla y la represión internacional su excepción.²³

20.- Las convenciones imponen a los Estados Parte obligaciones de hacer: de adaptar sus ordenamientos internos a la normativa internacional. Pero no se establece un sistema de control del cumplimiento de tales prestaciones, por lo que bien puede ocurrir que firmada una convención no se implemente su aplicación en el régimen interno. Ello determina un incumplimiento de una obligación convencional lo que, en sí mismo, constituye un acto ilícito internacional.

Además es habitual que estos tratados no prevén las sanciones que van a ser aplicadas a los crímenes que mencionan. Por lo que se delega en los derechos internos estatales la determinación de las respectivas penas.

No es ajeno el Estado Argentino a tal incumplimiento. Así por ejemplo el año 1956 ratificó la "Convención para la prevención y penalización del crimen de genocidio" (del 9.12.1948 y vigente a partir del 12.1.1951). Aún no ha dado cumplimiento a su obligación de incorporar en el Derecho Penal al

²³ Fichet-Boyle, Isabelle y Mossé, Mark "L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions." Les règles internationales en matière de poursuite. Pag.871 en Droit International Pénal. Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X.) Éditions A.Pedone.Paris 2000.

J. Dobovšek

CAPÍTULO I

El Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal

crimen de genocidio con las todas las modalidades que dispone la Convención.

El art.5 de la Convención contra el Genocidio obliga a *"dictar la legislación necesaria para efectivizar las previsiones de la Convención y en particular prever las efectivas penas a las personas acusadas por genocidio u otros actos enumerados en el artículo 3"*.

Corresponde aclarar que se encuentra en estudio del Parlamento un proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional conocido como *"Proyecto de Ley sobre crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional"* con un total de 81 artículos y cuya finalidad es adaptar la normativa interna, en especial al Código Penal, a las figuras tipificadas por el Tratado de Roma. Además procura organizar el régimen para la cooperación internacional, la asistencia judicial y establecer un mecanismo judicial para la ejecución de las penas y ordenes de reparación, de multas y decomisos.

21.- Es así, que históricamente el Derecho Internacional Penal se ha desenvuelto merced a variados tratados que se limitan a definir, con mayor o menor precisión, los crímenes y delitos internacionales. Para efectivizar su punibilidad los Estados deben incorporar en su estructura penal interna estos crímenes y delitos. Surge el denominado *"sistema de control indirecto"* ya que no existe una estructura supranacional encargada de la ejecución y aplicación de esas convenciones internacionales.²⁴

En tal supuesto, los jueces que intervengan en base a los principios de la competencia universal o territorial actuarán como tribunales estatales y también como órganos *"ad hoc"* de la Comunidad Internacional. Es lo que Scelle denomina el *"principio del desdoblamiento funcional"* por el cual un órgano interno estatal reviste también la calidad de órgano internacional.²⁵

²⁴ Bassiouni, Cherif, "El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Sección Doctrinal. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. , Ministerio de Justicia. Tomo XXXV, fascículo 1. Enero-abril 1982.pág.41 .

²⁵ Scelle, Georges. "Manuel de Droit International Public". Ed. Domat-Montchrestien. Paris. 1948. pag.678, 690: *"cette juridiction sur les particuliers est une application type de la loi du dédoublement fonctionnel, chaque ordre judiciaire étatique fonctionne comme une section de l'ordre judiciaire international non-institué"*. y Quintano Ripollés, Antonio. "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal".Tomo I. Ob.cit. pag. 438 y ss

22.- Lo cierto es que el Derecho Internacional Penal, a falta de un Tribunal Penal con jurisdicción universal e imperativa, tiene cuatro modos para asegurar la aplicación de sus penas:

- a.- mediante la delegación a los derechos internos estatales del juzgamiento y castigo de los crímenes;
- b.- con la constitución de tribunales penales "ad hoc", como en el caso de Nüremberg, Tokio,²⁶ Ex Yugoslavia o Ruanda;
- c.- con la celebración de tratados multilaterales para crear un tribunal internacional permanente: como el caso de la Convención de Roma de 1998;
- d.- con la celebración tratados bilaterales entre las Naciones Unidas y el Estado afectado para constituir tribunales internacionales especiales: supuesto del Tratado de Freetown del 16.1.2002 celebrado entre Sierra Leona y la ONU.

§11.- La jurisdicción internacional subsidiaria

23.- La jurisdicción internacional penal interviene sólo cuando el Derecho estatal no ofrece una protección suficiente.²⁷ Este principio rige también en los regímenes del Derecho Internacional Penal Particular.

Lo que legitima la intervención de un tribunal internacional, no es sólo la comisión de un delito o crimen, sino además, la inacción del sistema penal estatal, sea por:

- a) la desaparición del Estado;
- b) la destrucción del sistema de administración de justicia nacional; o

²⁶ Laplaza, Francisco P. El delito de genocidio o genticidio. Depalma. Ediciones Arayu. 1953.- pag.70

²⁷ Gil Gil, Alicia, "Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamerica". pag.497. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año V- Número 8C- 1999. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

J. Dobovšek

CAPITULO I

El Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal

- c) la inoperancia del sistema judicial (por su tolerancia o por una directa participación del Estado en los actos que deberían ser juzgados).

En tales casos interviene la jurisdicción internacional, ya sea a través de sus propios tribunales constituidos "ad hoc" (Tribunales Internacionales de Núremberg, de Tokio, para la Ex Yugoslavia, de Ruanda o de Sierra Leona), por los tribunales internacionales permanentes, o finalmente, por las jurisdicciones locales de los restantes Estados en ejercicio de la competencia universal (desdoblamiento funcional).

24.- La inacción de los Estados para juzgar y castigar los crímenes cometidos en sus territorios provocó la creación de tribunales internacionales bajo las siguientes modalidades:

a.- como tribunales excluyentes de la jurisdicción interna. Fue la competencia de los Tribunales de Núremberg y del Extremo Oriente para crímenes sin localización geográfica específica. (según Estatuto de Londres del 8.8.1945), la del Tribunal para la Ex Yugoslavia (art.9), del Tribunal de Ruanda (art. 8), y del Tribunal de Sierra Leona (art. 8).

b.- en forma subsidiaria. Es el supuesto de la Corte Penal Internacional, del Tratado de Roma, quien sólo intervendrá en el caso de negativa, imposibilidad, o por el denominado "simulacro de procedimiento"²⁸ implementado por la jurisdicción nacional (tratado de Roma art. 17).

25.- La Corte Penal Internacional es un elemento más de un complejo sistema judicial internacional penal. Coexiste con otros tribunales internacionales actualmente en funciones, con las normas penales propias de los Estatutos de cada Tribunal Internacional, y finalmente con las normas de los sistemas judiciales penales locales. (ver §26, pag. 75).

Quienes redactaron el Estatuto de Roma tuvieron por objeto que la CPI intervenga y juzgue por los crímenes internacionales de mayor preocupación

²⁸ Gil Gil, Alicia, "Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica". Pag.501. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año V- Número 8C- 1999. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires

para la Comunidad Internacional. Esto ocurre para aquellas situaciones en las que los Estados no puedan o no estén dispuestos a iniciar dicho enjuiciamiento. El régimen del Estatuto de Roma refleja esta intención.

El sistema judicial internacional penal requiere para ser efectivo que los Estados persigan a los autores de los crímenes internacionales. Por esta razón, los Estados deben incorporar en sus leyes nacionales aquellos *delicta iuris gentium* que no estén todavía penados por su legislación interna. Esta incorporación les permitirá juzgar por sí mismos estos crímenes fortaleciendo sus sistemas judiciales penales nacionales. Contribuirán al establecimiento de un régimen internacional penal más efectivo.

§12.- La jurisdicción de los Tribunales Internacionales Penales de los regímenes particulares.

26.- Se debe señalar que la inexistencia de una jurisdicción compulsiva se refiere únicamente respecto de los Estados por ser sujetos soberanos.

Por tal motivo no existe obstáculo para que se constituyan coactivamente tribunales internacionales para el juzgamiento de **personas físicas** acusadas de cometer *delicta iuris gentium*. Estos Tribunales forman parte del Derecho Internacional Penal Particular. Los medios empleados fueron varios:

- **por la vía convencional**, como la CPI creada por el tratado de Roma de 1998, ó el Tribunal Especial de Sierra Leona por el tratado de Freetown, ó
- **en forma coactiva** mediante el ejercicio del poder de un Estado vencedor, que es el caso de los tribunales posteriores a la primer guerra y segunda guerra mundial, Tratado de Versalles (art. 227), Nüremberg y Tokio, o
- **por decisión del Consejo de Seguridad** sobre la base de una particular interpretación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es el caso de los Tribunales para la Ex Yugoslavia o Tribunal de Ruanda cuya jurisdicción también se impuso a los Estados afectados

CAPITULO I
El Derecho Internacional Público y
el Derecho Internacional Penal

27.- Se podrá afirmar que salvo la CPI y el Tribunal Especial de Sierra Leona, en los restantes ejemplos la jurisdicción internacional se ejerció en forma imperativa o compulsiva, sin la conformidad de los Estados afectados. Así los casos históricos de los **Tribunales Internacionales constituidos por los Estados vencedores en un conflicto armado**, como ser:

- a) los emergentes de los tratados de paz concluidos al termino de la 1ª guerra mundial: Tratado de Versalles con Alemania, Tratados de Saint Germain con Austria (arts.173), de Neully con Bulgaria (art.118), de Trianon con Hungría (art.157), de Sevres con Turquía (art.230 y *en el cual se hizo particular referencia a las matanzas colectivas causadas, antecedente de la tipificación posterior del delito de genocidio*);
- b) los constituidos al término de la 2ª guerra mundial como los tribunales de Nüremberg y de Tokio; o
- c) la constitución de los tribunales internacionales "ad hoc" por resolución del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas casos de la Ex Yugoslavia y de Ruanda.

¿Son estos Tribunales supuestos de excepción al principio de la jurisdicción voluntaria internacional?

28.- Resulta manifiesto que no existió conformidad de los Estados para la constitución de los tribunales que juzgarían a sus nacionales. La respuesta surge a poco de analizar el objetivo de estas Cortes: se trata de órganos judiciales creados ad hoc, con posterioridad a un conflicto armado y cuyo objetivo fue juzgar a personas físicas, funcionarios o no (incluidos Jefes de Estado), que cometieron violaciones la ley internacional. Pero corresponde aclarar que los Estados vencidos no fueron sujetos del juzgamiento. Por tal razón puede afirmarse que, respecto de éstos, no se afectó el principio de la jurisdicción voluntaria internacional.

La capacidad jurídica de un órgano de las Naciones Unidas para crear un tribunal penal fue resulta en el fallo Tadic, antes referido, a cuyo análisis nos remitimos al §95, pag. 368.

§13.- La multiplicidad de regímenes internacionales penales. El pluriverso penal

29.- Este pluriverso de sistemas internacionales penales funciona sin ninguna coordinación y cada cual aplica e interpreta a su manera